

Over vaststelling van zaakschade

NTBR 2020/2

Ondanks dat civilisten reeds decennialang over de vaststelling van zaakschade nadenken, is de thematiek nog steeds actueel. In deze bijdrage wordt een brede beschrijving en analyse gegeven van de zaakschaderegels zoals door de Hoge Raad geformuleerd. Bijzondere aandacht gaat uit naar situaties waarin sprake is van beschadiging of verlies van een zaak zonder dat sprake is van waardevermindering, en naar gevallen waarin een waardevermindering niet is te herleiden tot beschadiging of verlies van een zaak. Daarbij wordt onder meer de recente prejudiciële beslissing met betrekking tot de aardbevingsschade in Groningen kritisch tegen het licht gehouden.

1. Inleiding

Zaakschade vormt tot op zekere hoogte een eigen categorie in het schadevergoedingsrecht, die wel wordt gezien als 'traditioneel belangrijk'.² Naar algemeen spraakgebruik wordt zaakschade wel omschreven als schade toegebracht aan iemands bezittingen.³ Juristen plegen onder zaakschade te verstaan de schade – in de zin van art. 6:95 lid 1 BW – die uit de beschadiging of het verlies van een zaak voortvloeit.⁴ Zo kan zaakschade leiden tot zowel vermogensschade (waardevermindering, herstelkosten, gederfde winst etc., maar ook kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en van rechtsbijstand) als ander nadeel (verdriet of frustratie wegens beschadiging of verlies van een zaak waaraan men gehecht is etc.).⁵ In deze bijdrage draait het om zaakschade in enge zin, dat wil zeggen dat de aandacht uitgaat naar de directe vermogensnadelen van zaakschade voor de eigenaar.⁶

In het navolgende zal worden ingegaan op de vraag welke uitgangspunten voor de schadevaststelling gelden, waarbij de nadruk ligt op de vraag welke feiten en omstandigheden

daarbij relevant zijn. Dat is in het bijzonder bij zaakschade een belangrijke vraag, omdat deze als prototypisch wordt beschouwd voor de 'abstracte' wijze van schadevaststelling, maar hieromtrent geen volledige helderheid lijkt te bestaan. Ondanks dat civilisten reeds decennialang over de thematiek nadenken, is zij nog steeds actueel, zo blijkt uit recente rechtspraak van de Hoge Raad.⁷ Doel van deze bijdrage is daarom een (brede) beschrijving en analyse van de zaakschadejurisprudentie van de Hoge Raad. De aandacht gaat in het bijzonder uit naar de rechtsregels die hij met betrekking tot de vaststelling van zaakschade heeft geformuleerd en naar de grenzen van hun toepassingsbereik.

Dit artikel is als volgt opgezet. Eerst worden de regels met betrekking tot zaaksbeschadiging en zaaksverlies uiteengezet (paragraaf 2 en 3). Daarna wordt een tussenbalans opgemaakt (paragraaf 4). Vervolgens gaat de aandacht uit naar twee typen gevallen waarin het beschreven regime zich lastiger laat toepassen: situaties waarin sprake is van beschadiging of verlies zonder dat kan worden gesproken van waardevermindering (paragraaf 5) en situaties waarin de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis weliswaar leidt tot waardevermindering, maar deze niet voortvloeit uit beschadiging of verlies (paragraaf 6). Daarbij wordt onder meer de recente prejudiciële beslissing met betrekking tot de aardbevingsschade in Groningen kritisch tegen het licht gehouden.

2. Zaaksbeschadiging

2.1 Waardevermindering is vermogensschade

Onder zaaksbeschadiging wordt verstaan een aantasting in de substantie van een zaak – een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object (art. 3:2 BW) –, oftewel in de stoffelijke structuur waaruit een zaak bestaat.⁸ Schoolvoorbeelden zijn de gedeukte auto na aanrijding of het beschadigde schip na aanvaring. Als het gaat om onroerende zaken kan worden gedacht aan beschadiging van een gebouw (afbranding, instorting, scheurvorming etc.) of aan bodemverontreiniging.

In geval van zaaksbeschadiging geldt als *hoofregel* dat de eigenaar van de beschadigde zaak op het moment van de beschadiging, en dus reeds voor en onafhankelijk van het herstel, een nadeel in zijn vermogen lijdt, gelijk aan de waardevermindering die het vermogensbestanddeel door de beschadiging ondergaat.⁹ De regel erkent dat de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet alleen tot ver-

1 Citeerwijze: M.R. Hebly, 'Over vaststelling van zaakschade', *NTBR* 2020/2, afl. 1. Mr. dr. M.R. Hebly is als universitair docent privaatrecht verbonden aan Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam. Deze bijdrage bouwt in sterke mate voort op zijn boek *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, hfdst. 6.

2 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Schadebegroting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 40.

3 Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal (2015).

4 S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën BW nr. B34), Deventer: Kluwer 2014, nr. 45.

5 Over 'affectieve waarde' S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 91.

6 De nadelige gevolgen van zaakschade kunnen immers ook andere personen dan de eigenaar treffen (huurders, vruchtgebruikers, erfpachters en pand- of hypotheekhouders etc.). Men spreekt in dit verband ook wel van 'tweedegraadsschade'. Zie R.A. Salomons, *Schadevergoeding: zaakschade* (Monografieën BW nr. B38), Deventer: Kluwer 1993, nr. 22 en H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid. De betekenis van de begrippen causaliteit en voorzienbaarheid voor de omvang van de buitencontractuele schadevergoeding* (oratie Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 17.

7 Bijv. HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, *NJ* 2018/193, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Gemeente Heiloo*) en HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *RvdW* 2019/914 (*Groningen*).

8 R.A. Salomons, *Schadevergoeding: zaakschade* (Monografieën BW nr. B38), Deventer: Kluwer 1993, nr. 19.

9 HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, *NJ* 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*).

mogensnadeel leidt wanneer kosten worden gemaakt of winst wordt gederfd, maar ook wanneer een tot het vermogen behorende zaak als zodanig in waarde daalt. Er is in dat geval sprake van vermogensschade ongeacht of door de benadeelde 'concreet' geld wordt uitgegeven of misgelopen. Een en ander valt te verklaren door de gedachte dat het vermogen als zodanig een abstracte grootheid is, en dat het bij het begrip vermogen om meer gaat dan een optelsom van in- en uitgaande geldsommen.¹⁰ Tot het vermogen van de benadeelde moet een absoluut recht van een zekere economische waarde worden gerekend, namelijk het eigendomsrecht met betrekking tot een zaak. Dat recht is in waarde verminderd: 'economisch' of 'boekhoudkundig' gezien leidt beschadiging van de zaak onmiddellijk tot een daling van die waarde.¹¹

Is herstel mogelijk en verantwoord, dan zal de waardevermindering in het algemeen zijn te stellen op de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten.¹² Klassiek is het in 1961 door de Hoge Raad gewezen *Telefoonkabel*-arrest. Door personeel in dienst van Knebel is onrechtmatig schade toegebracht aan telefoonkabels, die in eigendom toebehoorden aan de Staat. In deze zaak speelt mee dat de Staat (reserve)personeel in dienst heeft, dat de beschadiging kan herstellen. De Staat maakt daardoor minder (directe) kosten dan in het algemeen met het herstel zouden zijn gemoeid. De Hoge Raad overweegt dat de Staat:

'(...) door de beschadiging van zijn kabels reeds vóór en onafhankelijk van het herstel van die kabels in zijn vermogen een nadeel leed, gelijk aan de waardevermindering welke de desbetreffende vermogensbestanddelen door die beschadiging ondergingen, en de vergoeding verschuldigd voor een door een onrechtmatige daad veroorzaakte zaaksbeschadiging steeds tenminste zal belopen het geldsbedrag, waarin de daaruit voortvloeiende waardevermindering kan worden uitgedrukt.'

En hij vervolgt met de algemene regel:

'(...) dat het geldsbedrag, waarin de waardevermindering van een beschadigde zaak waarvan herstel mogelijk en verantwoord is kan worden uitgedrukt, in het algemeen gelijk zal zijn aan de – naar objectieve maatstaven berekende – kosten, welke met het herstel zullen zijn gemoeid.'¹³

De Hoge Raad stelt dus niet als eis dat daadwerkelijk herstel zal plaatsvinden: de vermogensschade wordt geleden

vóór en *onafhankelijk* van herstel. Ook wanneer herstel, hoewel mogelijk en verantwoord, ten tijde van de uitspraak (nog) niet heeft plaats gevonden, zullen in het algemeen de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten als uitgangspunt dienen voor de schadebegroting. Het is immers de waardevermindering die als vergoedbare vermogensschade kwalificeert. Dat nadeel heeft zich al in het vermogen genesteld voordat eventueel herstel plaatsvindt. Die schade wordt onmiddellijk geleden op het moment van de zaaksbeschadiging, en moet dus ook naar dat moment worden gewaardeerd.¹⁴ Goed beschouwd wordt dus niet 'geabstraheerd' van latere omstandigheden, zoals het wel of niet daadwerkelijk herstellen: de waardevermindering is immers reeds ingetreden, en latere gebeurtenissen zijn voor de begroting daarvan per definitie niet van belang.

Vanaf het moment waarop de zaak beschadigd raakt heeft de eigenaar in de regel een opeisbare vordering op de aansprakelijke partij, ook al is nog niet bekend wat herstel kost. Dikwijls zullen de precieze herstelkosten pas duidelijk zijn nadat herstel daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Dat dit niets verandert aan het hiervoor genoemde uitgangspunt, volgt uit *Staat/Van Driel*, waarin de Hoge Raad overweegt dat ook wanneer het beloop van de herstelkosten nauwkeurig bekend is doordat de zaak daadwerkelijk is hersteld, het ervoor moet worden gehouden dat de vordering van de eigenaar strekt tot betaling van de vergoeding van de door hem op het ogenblik der beschadiging in zijn vermogen geleden schade wegens waardevermindering der zaak.¹⁵

Begroot men de waardevermindering aan de hand van de objectieve herstelkosten, dan zal de eigenaar met de daarop gebaseerde vergoeding in de regel in staat zijn om tot reparatie over te gaan, maar staat het hem uiteraard vrij om dit niet te doen. Ook wanneer de benadeelde geen herstelkosten maakt, is de herstelkostenbenadering de aangewezen route: de naar objectieve maatstaven berekende kosten van herstel vormen immers vooral een aanknopingspunt om de ingetreden *waardevermindering* tot uitdrukking te brengen. Wordt de zaak niet door de eigenaar hersteld maar in beschadigde toestand verkocht, dan ligt het voor de hand dat een redelijk handelende koper die herstelkosten in de prijs zal verdisconteren (om eventueel zelf tot herstel over te gaan) en 'realiseert' de waardevermindering zich in een lagere verkoopprijs voor de eigenaar. Het maakt dus voor de vraag of sprake is van een (onmiddellijk) intredende waardevermindering niet uit of (later) tot herstel wordt overgegaan en zo ja, door wie en tegen welke kosten.¹⁶

10 Vgl. R. Zwitser, 'Abstracte of concrete schadeberekening: een verwarrend onderscheid', *WPNR* 1980/5517, p. 328.

11 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Schadebegroting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 47.

12 Die objectieve berekening van herstelkosten is overigens niet steeds eenvoudig. Zie bijv. concl. A-G Langemeijer, 18 oktober 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1081, ten aanzien van een geval waarin het eveneens gaat om herstel van leidingen door eigen personeel van een netbeheerder (arrest wordt ten tijde van dit schrijven nog verwacht).

13 HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, *NJ* 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*).

14 C.J.H. Brunner, 'Het fundament van het Nederlandse schadevergoedingsrecht', in: P. Abas e.a. (red.), *J.L.P. Cahen-bundel*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 68.

15 HR 12 april 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4995, *NJ* 1985/625, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Staat/Van Driel*), r.o. 3.3.

16 Vgl. HR 26 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX0357, *NJ* 2013/219, m.nt. M.M. Mendel (*Reaal Schadeverzekering/Athlon Car Lease*), r.o. 3.6.1. Hierover ook M.R. Hebly, annotatie bij HR 15 december 2017, *JA* 2018/29 (*Liander/Gemeente Heiloo*), par. 5.

Uit het voorgaande vloeit logischerwijs voort dat de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten, die in het algemeen maatgevend zijn voor de geleden waardevermindering, naar het moment van de beschadiging moeten worden vastgesteld. Latere fluctuaties, zoals veranderingen in herstellarieven, spelen dus geen rol.¹⁷ Latere gebeurtenissen kunnen – uiteraard – wel hun schaduwen vooruit werpen in die zin dat zij op het tijdstip van de beschadiging van de zaak reeds de waarde daarvan beïnvloeden.¹⁸

2.2 Verminderde waarde ondanks herstel

Bij het voorgaande moet worden bedacht dat ook wanneer feitelijke herstel mogelijkheden bestaan, het hebben moeten ondergaan van een (op zichzelf succesvolle) reparatie van invloed kan zijn op de waarde van de zaak. De te vergoeden waardevermindering komt in de herstelkosten niet volledig tot uitdrukking, wanneer ondanks volledig herstel de waarde van de zaak niettemin lager zal zijn dan onmiddellijk voorafgaand aan de beschadiging. De objectieve herstelkosten indiceren dan dus slechts een component van de waardevermindering. In dat geval heeft de benadeelde ook aanspraak op vergoeding van het 'resterende' deel van de waardevermindering. Dat geldt in beginsel ook wanneer het gaat om een (al dan niet tijdelijke) vermindering van waarde die samenhangt met het *risico* dat een herstelde zaak alsnog gebreken zal vertonen, zo volgt uit het arrest *Schreuder/Van Driesten*.¹⁹ Het gaat hier om de zogenoemde 'kwade reuk', die maakt dat een zaak met een reparatieverleden voor een potentiële koper doorgaans minder aantrekkelijk zal zijn dan een reparatievrije zaak. Dat drukt de waarde van de zaak.

2.3 Herstelkosten overtreffen waardevermindering

Soms is herstel weliswaar praktisch niet uitgesloten, maar economisch gezien onverantwoord in die zin dat de daarmee gemoeide kosten de omvang van de waardevermindering overstijgen. De waardevermindering die de zaak door beschadiging ondergaat kan dan niet worden gelijkgesteld aan de objectieve herstelkosten: daarvoor is immers vereist dat herstel niet alleen mogelijk, maar ook verantwoord is. Voor dat laatste geldt primair de economische maatstaf: is het bedrag dat met herstel gemoeid is hoger dan het verschil tussen de waarde onmiddellijk voorafgaand aan de beschadiging en de eventuele restwaarde van de zaak, dan spreekt men van een economisch totaal verlies (*total loss*) en

staat de beschadiging in zoverre op één lijn met het verlies van de zaak (waarover hierna paragraaf 3).²⁰

Een andere kwestie is of de aanspraak van de eigenaar steeds is beperkt tot het beloop van de waardevermindering, of dat hij onder omstandigheden mag overgaan tot herstel op kosten van de aansprakelijke, ook als dat 'niet verantwoord' zou zijn omdat de zaak dat 'objectief gezien' niet waard is. In de rechtspraak zijn voorbeelden te vinden van gevallen waarin de eigenaar van een beschadigde zaak vergoeding vordert van door hem gemaakte herstelkosten en waarin hij wordt geconfronteerd met het verweer dat hij slechts aanspraak zou hebben op een bedrag ter grootte van de waardevermindering. Soms ziet de eigenaar zich min of meer gedwongen om over te gaan tot feitelijk herstel, ook al overtreffen de daarmee gemoeide kosten de omvang van de waardevermindering, bijvoorbeeld omdat de eigenaar bij het behoud van de specifieke zaak een zwaarwegend praktisch belang heeft.²¹

Ten aanzien van beschadigde gebouwen heeft volgens de Hoge Raad te gelden dat de eigenaar er in beginsel aanspraak op heeft in de gelegenheid te worden gesteld tot herstel. Dat herstel is onder omstandigheden dus ook verantwoord indien de daarmee gemoeide kosten hoger zijn dan het bedrag waarin de waardevermindering tot uitdrukking komt, zo volgt uit het arrest *Gemeente Den Haag/Van Schravendijk*. Soms kan nu eenmaal van de eigenaar van een onroerende zaak in redelijkheid niet worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering, om vervolgens hooguit een gelijkwaardig alternatief te kunnen betrekken: onroerende zaken laten zich nu eenmaal niet zo goed vervangen als de meeste roerende zaken.²² Of zulk herstel ook verantwoord is indien de daarmee gemoeide kosten het bedrag van de waardevermindering overtreffen, hangt volgens de Hoge Raad in elk geval af van:

- de functie van de zaak voor de eigenaar: dient zij voor eigen gebruik (bewoning of uitoefening van een bedrijf of beroep) of ter belegging?;
- de mogelijkheid om elders een zaak te verwerven die wat betreft gebruiksmogelijkheden, ligging, prijs en andere relevante factoren kan worden beschouwd als gelijkwaardig aan de zaak (in onbeschadigde toestand);
- de mate waarin de kosten van herstel in de oude toestand het bedrag van de waardevermindering overtreffen.

17 Op dit punt stellig A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 45. Kritisch hierover T.E. Deurvorst, 'Abstracte schadeberekening en de expansie van de aanspraak op schadevergoeding', *NTBR* 1996-2 (p. 39-40), die wijst op het risico van 'overcompensatie'.

18 HR 2 december 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4704, NJ 1984/368 (*Bijsterveld/De Ruyter*). Zie ook A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 159.

19 HR 13 december 1963, ECLI:NL:HR:1963:61, NJ 1964/449, m.nt. G.J. Scholten (*Schreuder/Van Driesten*). Kritisch hierover P. Scholten, annotatie bij HR 13 december 1963, NJ 1964/449 (*Schreuder/Van Driesten*) en L.E.H. Rutten, 'Het recht op schadeboetsstelling van de eigenaar van een auto welke als gevolg van een aanrijding een waardevermindering heeft ondergaan', *VR* 1964-4 (p. 79-80); instemmend A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 49.

20 J.M. Barendrecht e.a., in: J.M. Barendrecht & H.M. Storm, *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 95-96 en concl. A-G Hartlief bij HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, NJ 2017/134, m.nt. S.D. Lindenberg (*Donata/New India Assurance*), nr. 4.18.

21 Zie bijv. Ktr. Heerlen 28 september 1973, *VR* 1975/63 (*Funken/Rijpkema*): omdat het voor een bejaarde eigenaar van een beschadigde auto te bezwaarlijk is om nog aan een andere auto te wennen, achtte de kantonrechter het redelijk en verantwoord dat hij zijn auto liet repareren, ook al overtroffen de reparatiekosten de waarde van de auto.

22 Concl. A-G Hartkamp, ECLI:NL:PHR:1993:ZC1034, bij HR 1 juli 1993, NJ 1995/43, m.nt. C.J.H. Brunner (*Gemeente Den Haag/Van Schravendijk*), nr. 5b en de noot van Brunner, sub 2.

Het gaat hier volgens de Hoge Raad om omstandigheden die kunnen meebrengen dat, hoewel de herstelkosten de waardevermindering overtreffen, toch van de getroffen eigenaar in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij 'ter wille van de belangen van de schadeveroorzaker zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering'.²³

In het verlengde hiervan ligt het arrest *A. en N./Hiddema*, waarin het draait om de vraag of de eigenaar van een volledig afgebrande landbouwschuur, die de schuur niet heeft laten herbouwen, aanspraak heeft op een schadevergoeding gelijk aan de herbouwkosten, of dat hij slechts aanspraak heeft op de waarde van de schuur in het economisch verkeer onmiddellijk voorafgaand aan de brand. Hiddema was ten tijde van het rechterlijk oordeel niet meer de eigenaar van (de fundamente van) de schuur, en inmiddels was ook bekend dat die schuur door de opvolgend eigenaar ook niet is herbouwd. Het hof toetste aan de gezichtspunten uit *Gemeente Den Haag/Van Schravendijk* en oordeelde dat Hiddema in redelijkheid aanspraak kan maken op de – naar objectieve maatstaven berekende – kosten van herbouw van zijn schuur, en dat hij geen genoegen hoeft te nemen met slechts een vergoeding van de (verkoop)waarde. In cassatie klagen A. en N. onder meer dat de toetsing aan de in het arrest *Gemeente Den Haag/Van Schravendijk* gegeven gezichtspunten dient plaats te vinden naar het moment van de rechterlijke beoordeling en niet (uitsluitend) naar het moment van de beschadiging. De Hoge Raad overweegt dat de omvang van de schade, die naar objectieve maatstaven wordt begroot, dient te worden berekend naar het moment waarop zij wordt geleden (dus: het moment van beschadiging). Daaraan doet volgens de Hoge Raad niet af dat in het arrest *Gemeente Den Haag/Van Schravendijk* besloten ligt dat onder omstandigheden gebeurtenissen van later datum – inderdaad – kunnen meebrengen dat van de getroffen eigenaar niet in redelijkheid kan worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt.²⁴ Dit is logisch, want het gaat om twee verschillende beoordelingen: enerzijds de vaststelling van de omvang van de waardevermindering, waarbij later opkomende feiten en omstandigheden per definitie niet meewegen, en anderzijds de (vervolg)vraag in hoeverre in redelijkheid van de eigenaar kan worden verlangd dat hij zijn aanspraak tot de vergoeding van die waardevermindering beperkt, waarbij latere opkomende feiten en omstandigheden wel kunnen meewegen. De uitkomst van *A. en N./Hiddema* bevredigt overigens niet, zo stelt Hartlief terecht vast. De crux zit hem hierin, dat Hiddema niet inzet op vergoeding van de waardevermindering maar op vergoeding van *niet gemaakte herbouwkosten*. Gaat men niet daadwerkelijk over tot herstel, ook al was dat op zichzelf wel verantwoord geweest ondanks dat de kosten het bedrag van de waardevermindering zouden overtreffen, dan zal men

genoegen moeten nemen met vergoeding van de waardevermindering.²⁵

Verwarring over de verhouding tussen herstelkosten en waardevermindering lijkt ook aan de orde in *Bijenspat II*, waarin het draait om het nadeel dat een groenteteler lijdt doordat uitwerpselen van bijen, die zich verzamelen rond een nabijgelegen imkerij, op zijn kassen terechtkomen. De bijenuitwerpselen leiden tot lichtverlies, dat in de glastuinbouw productieverlies betekent. Het verwijderen van de uitwerpselen dient te geschieden met behulp van speciale schoonmaakmiddelen en is arbeidsintensief. In cassatie rijst de vraag naar de verhouding tussen reinigingskosten en exploitatieschade bij niet-reiniging in geval van hinder. De Hoge Raad oordeelt dat de kosten van reiniging – behoudens bijzondere omstandigheden – niet voor vergoeding in aanmerking komen voor zover zij het bedrag van de exploitatieschade overtreffen.²⁶ Bloembergen uit zich terecht zeer kritisch over deze uitspraak. Vervuiling is immers te beschouwen als zaaksbeschadiging en schoonmaak als herstel, en daarom lag de 'harde regel' van het *Telefoonkabel*-arrest voor toepassing gereed: wie slechts kijkt naar de vraag of de exploitatieschade in omvang geringer is dan de herstelkosten, ziet over het hoofd dat de waardevermindering maatgevend is.²⁷

Overtreffen de kosten van feitelijk herstel het bedrag van de waardevermindering, dan kan onder bijzondere omstandigheden dus niet van de eigenaar worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering. Mijns inziens moet daaruit *a contrario* worden afgeleid dat de aanspraak van de eigenaar in beginsel is beperkt tot het bedrag van de waardevermindering. Dat is een redelijk uitgangspunt omdat, wanneer herstel mogelijk en economisch gezien verantwoord is, de benadeelde met het bedrag waarin de waardevermindering is uitgedrukt doorgaans zal kunnen overgaan tot feitelijk herstel. Als herstel praktisch wel uitvoerbaar maar economisch niet verantwoord is omdat de herstelkosten de waardevermindering overstijgen, dan is het in beginsel redelijk wanneer de aanspraak van de benadeelde beperkt blijft tot de vergoeding van de waardevermindering. De economische benadering voert aldus de boventoon: de aanspraak op schadevergoeding strekt dus niet zo ver dat de benadeelde in beginsel vrij is om op kosten van de benadeelde een economisch niet verantwoord herstel uit te voeren.

3. Zaaksverlies

Van zaaksverlies pleegt te worden gesproken wanneer sprake is van *vernietiging* van een zaak – een zodanig ernstige beschadiging dat de zaak als zodanig heeft opgehouden

23 HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1034, NJ 1995/43, m.nt. C.J.H. Brunner (*Gemeente Den Haag/Van Schravendijk*), r.o. 4.3.1.

24 HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2786, NJ 2005/76, m.nt. C.J.H. Brunner (*A. en N./Hiddema*), r.o. 3.6.

25 Vgl. T. Hartlief, 'Kroniek aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', NTBR 2004-9 (p. 470).

26 HR 18 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2704, NJ 1999/69, m.nt. A.R. Bloembergen (*Bijenspat II*), r.o. 3.6.

27 A.R. Bloembergen, annotatie bij HR 18 september 1998, NJ 1999/69 (*Bijenspat II*), par. 3.

te bestaan – of wanneer sprake is van verlies in de zin van verloren raken (door diefstal, verduistering, de zaak raakt kwijt, de rechthebbende verliest de feitelijke macht over de zaak, etc.).²⁸ Zoals hiervoor benoemd, kan ook sprake zijn van zaaksverlies bij een 'economisch totaal verlies' van een zaak: de herstellkosten staan dan niet in verhouding tot de waardevermindering.

In geval van zaaksverlies heeft als regel te gelden dat de vergoeding steeds ten minste zal belopen het geldbedrag waarin de waarde daarvan kan worden uitgedrukt. De waarde moet in het algemeen worden gesteld op de waarde in het economische verkeer van de zaak ten tijde van het verlies (de marktwaarde). De regel erkent dat een gebeurtenis tot vermogensschade leidt wanneer een tot het vermogen behorende zaak met een zekere economische waarde uit het vermogen verdwijnt. Een en ander lag reeds besloten in zijn rechtspraak met betrekking tot zaaksbeschadiging, maar is door de Hoge Raad bevestigd in het arrest *Unico/Harteman Vastgoed*. Daarin ging het om de vraag hoe de vermogensschade van Unico moest worden vastgesteld nadat Harteman Vastgoed tientallen aan hem toebehorende containers had verduisterd. Meer specifiek draaide het om de vraag van welk waardebegrip de rechter moest uitgaan: moest de waardering worden verricht op basis van de prijs en waarde van de containers in het handelsverkeer ('marktwaarde') of op basis van historische productiekosten inclusief een post voor ontwikkelingskosten ('kostprijs')? De Hoge Raad overweegt:

'Wanneer (...) door een onrechtmatige daad een zaak geheel en al verloren gaat voor de rechthebbende, lijdt deze door dit verlies een nadeel in zijn vermogen gelijk aan de waarde van de zaak. De vergoeding hiervoor zal steeds tenminste belopen het geldbedrag waarin deze waarde kan worden uitgedrukt. De waarde moet in het algemeen worden gesteld op de waarde in het economische verkeer van de zaak ten tijde van het verlies, door het hof ook aangeduid als marktwaarde, resp. waarde in het handelsverkeer.'²⁹

In het hiervoor besproken arrest *A. en N./Hiddema* verduidelijkt de Hoge Raad dat met 'waarde in het economische verkeer van de zaak' in dit verband de *marktwaarde* van de zaak wordt bedoeld. Daar overweegt hij bovendien dat wanneer de verloren gegane zaak een exemplaar is zonder eigen, individueel bepaalde kenmerken en van een soort waarvoor een voor het publiek toegankelijke markt bestaat, de eigenaar van de zaak bij het verloren raken daarvan een nadeel in zijn vermogen lijdt dat in het algemeen moet worden gesteld op de marktwaarde ten tijde van het verlies.³⁰ In *Donata/New India Assurance*, waarin sprake was van een

total loss verklaarde auto, bevestigt de Hoge Raad dat langs deze weg, behoudens bijzondere, door de rechthebbende te stellen omstandigheden, recht wordt gedaan aan het uitgangspunt dat de benadeelde zoveel mogelijk in de positie moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis.³¹

4. Tussenbalans

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat in de rechtspraak van de Hoge Raad inzake zaaksbeschadiging en zaaksverlies de economische benadering de boventoon voert. Uitgangspunt is dat de eigenaar vermogensschade lijdt wanneer de economische waarde van een tot zijn vermogen behorende zaak daalt of verloren gaat. Hoe de benadeelde vervolgens zelf handelt (herstellen, al dan niet tegen gereduceerd tarief, of verkopen tegen een lagere prijs, vervangen of 'het erbij laten') is dan niet relevant. Evenmin is van belang welke waarde de eigenaar zelf hechtte aan het behoud van de zaak: de waarde van de zaak in het economisch verkeer wordt daardoor immers niet beïnvloed. Dat het hier om een universeel uitgangspunt gaat, kan worden afgeleid uit art. 10:203 van de Principles of European Tort Law:

'Where a thing is lost, destroyed or damaged, the basic measure of damages is the value of the thing or the diminution in its value and for this purpose it is irrelevant whether the victim intends to replace or repair the thing. However, if the victim has replaced or repaired it (or will do so), he may recover the higher expenditure thereby incurred if it is reasonable to do so [cursiveringen MRH].'³²

Men kan een en ander ook benaderen vanuit tijdsperspectief. Op het moment waarop een zaak beschadigd raakt of verloren gaat, lijdt de eigenaar onmiddellijk een nadeel in het vermogen: het is op dat specifieke punt in de tijd dat het waardeverschil ontstaat tussen de 'situatie met' en 'situatie zonder' aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Daarmee is de schade *ingetreden*, en de vordering tot vergoeding daarvan geboren. Omdat als uitgangspunt heeft te gelden dat schadevergoeding wordt voldaan in geld (art. 6:103 BW), ontstaat op dat moment in de regel een opeisbare verbintenis tot betaling van een geldsom, die in beginsel naar haar nominale bedrag moet worden voldaan (art. 6:111 BW), en ten aanzien waarvan de schuldenaar onmiddellijk – want: zonder ingebrekestelling – in verzuim is voor zover deze niet terstond wordt nagekomen (art. 6:83 sub b BW). De wettelijke rente over die som gaat dus ook onmiddellijk lo-

28 R.A. Salomons, *Schadevergoeding: zaakschade* (Monografieën BW nr. B38), Deventer: Kluwer 1993, nr. 20.

29 HR 12 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0206, NJ 1991/434 (*Unico/Harteman Vastgoed*), r.o. 3.2.

30 HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2786, NJ 2005/76, m.nt. C.J.H. Brunner (*A. en N./Hiddema*), r.o. 3.6.

31 HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, NJ 2017/134, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India Assurance*), r.o. 3.3.6. Het hofarrest sneuvelde omdat het hof, ondanks de betwisting door Donata van de juistheid van de gehanteerde 'afschrijvingsmethode', niet had vastgesteld dat de afschrijvingsmethode zou leiden tot vergoeding van de marktwaarde van de auto ten tijde van het verlies.

32 In de toelichting wordt nog eens verduidelijkt dat het artikel voortbouwt op 'the basic assumptuin on which all European tort systems rely that the value of a thing is generally represented by its market price which whirld persons would normally pay'. Zie U. Magnus, 'Title VI. Remedies', in: European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wenen: Springer 2005, p. 169.

pen. Het 'peilmoment' ligt dus op het moment van beschadiging of verlies: de schade dient naar dat moment te worden vastgesteld.³³ Latere feiten en omstandigheden, zoals het wel of niet herstellen of vervangen door de benadeelde, blijven dan buiten beschouwing omdat zij de reeds ontstane schade en de daaruit ontsproten aanspraak niet 'achteraf' beïnvloeden.

Gebruik van de dichotomie abstract-concreet in de sfeer van de schadevaststelling spreekt in dit verband niet aan.³⁴ Het zogenoemde 'abstraheren' suggereert dat bepaalde feiten en omstandigheden voor de schadevaststelling in beginsel wel relevant zouden zijn, maar dat de rechtstoepasser ruimte heeft om deze alsnog buiten beschouwing te laten. Daarvoor zou dan een nadere rechtvaardiging moeten worden gevonden, bijvoorbeeld in de hanteerbaarheid van het recht of de billijkheid.³⁵ De voorgaande 'dogmatische' uiteenzetting van de zaakschaderegels laat nu juist zien dat het hier in essentie draait om een (principiële) keuze ten aanzien van de uitleg van het begrip vermogensschade. Men zou de redenering tenslotte evengoed kunnen omkeren: wie meent dat de eigenaar pas aanspraak heeft op vergoeding van vermogensschade wanneer hij daadwerkelijk overgaat tot herstel of vervanging, 'abstraheert' van het feit dat zijn vermogen al eerder een vermindering onderging in de vorm van een economisch waardeverlies.

5. Beschadiging of verlies zonder waardevermindering

5.1 Vergoeding objectieve herstelkosten veronderstelt waardevermindering

Voorwaarde voor schadevergoeding begroot op basis van objectieve herstelkosten is, zoals hiervoor uitvoerig is uiteengezet, een waardevermindering: vloeit uit een feitelijke verandering geen vermogensrechtelijk relevante waardevermindering voort, dan bestaat in zoverre geen grond voor schadevergoeding begroot op basis van objectieve herstelkosten.³⁶ Soms kan men weliswaar spreken van een *beschadiging* van een zaak, maar is daarmee niet zonder meer gegeven dat de eigenaar schade lijdt in de vorm van een waardevermindering. Men moet dan eerst vaststellen of de waarde van de zaak in vermogensrechtelijke zin is verminderd. Gebeurtenissen van later datum kunnen daarbij van betekenis zijn, omdat daaruit soms gevolgtrekkingen kunnen worden gemaakt met betrekking tot de situatie die

bestond op het tijdstip van de beschadiging.³⁷ Zo kan een latere verkoopprijs als indicatie fungeren ter beantwoording van de vraag in hoeverre op het moment van de beschadiging een waardevermindering intrad.

5.2 Voor gebruik door het publiek bestemde zaken

Soms is weliswaar evident sprake van beschadiging of verlies van een zaak, maar is niet onmiddellijk duidelijk of daarmee ook een waardeverlies intreedt, omdat ten aanzien van bepaalde zaken lastig kan worden gerefereerd aan een marktwaarde. De economische waarde van de zaak kan kwestieus zijn, bijvoorbeeld als het gaat om voor gebruik door het publiek bestemde zaken. Dat doet zich vooral gevoelen wanneer die zaken weliswaar vatbaar zijn voor feitelijk herstel, maar niet worden hersteld.

In de twee *Meerstool*-arresten draait het om door aanvaring beschadigde meerstoelen³⁸ in verband waarmee de Staat schadevergoeding vordert. Meerstoelen zijn op zichzelf 'waardevolle' zaken, maar hebben geen 'marktwaarde'. In beide gevallen wordt de beschadigde meerstoel niet hersteld. In de zaak *Meerstool I* is de meerstoel ten tijde van de aanvaring niet meer in gebruik als meerstoel, maar is deze bestemd als fundament voor een reeds in aanbouw zijnd sluiswerk. De Staat berekent de waarde van de meerstoel 'als meerstoel' door – kort gezegd – de bouwkosten te verminderen met de afschrijvingen en met de restantwaarde. Volgens de Hoge Raad oordeelt het hof daarentegen met juistheid dat de aanvaring niet heeft geleid tot een waardevermindering van de meerstoel, nu de 'fundamentwaarde' van de meerstoel door de aanvaring niet is aangetast en de meerstoel *als meerstoel* al geen relevante economische waarde meer had.³⁹

In *Meerstool II* liggen de kaarten anders. De meerstoel is ten tijde van de aanvaring nog wel in gebruik, zij het zeer beperkt. De Staat stelt de schade op de (fictieve) kosten van herstel, terwijl de aangesprokene meent dat de schade moet worden gesteld op de waarde van de meerstoel ten tijde van de aanvaring. Het hof wijst aan de Staat het bedrag van de fictieve herstelkosten toe, in welk oordeel dus besloten ligt dat deze, als eigenaar, een nadeel in het vermogen heeft geleden in de vorm van een waardevermindering. Dit houdt in cassatie stand, waarbij moet worden opgemerkt dat de beslissing van het hof op dit punt als zodanig in cassatie

33 HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, NJ 2013/48 (*Griffioen/De Groot*), r.o. 3.7.

34 Vgl. over dit begrippenpaar onder meer S. Royer, 'Boekbespreking: Asser-Losecaat Vermeer-Rutten 1967', *RM Themis* 1969, p. 52 en S.D. Lindenbergh, 'Abstracties bij vaststelling van schade', in: C.J.M. Klaassen & J. Spier (red.), *Abstracte schadeberekening*, preadvies Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR), Deventer: Kluwer 2013, p. 23.

35 Bijv. HR 26 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, NJ 2013/219, m.nt. M.M. Mendel (*Reaal Schadeverzekering/Athlon Car Lease*) en HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, RvdW 2019/914 (*Groningen*).

36 HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, NJ 2013/48 (*Griffioen/De Groot*), r.o. 3.5.

37 Zie HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, NJ 2013/48 (*Griffioen/De Groot*), r.o. 3.6, waarover C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Monografieën BW nr. B35), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 4 en M.R. Heblj, *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 69-71.

38 Een meerstoel is een paalwerk dat men in het midden van een haven heit, om schepen daaraan vast te meren.

39 HR 20 september 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9029, NJ 1986/211, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Meerstool I*).

niet aan de orde kwam.⁴⁰ Niettemin is op de uitkomst van de zaak stevige kritiek geuit in de literatuur.⁴¹

5.3 Beschadiging van (gemeente)bomen

Een vergelijkbaar probleem van 'marktwaardeloosheid' doet zich voor bij beschadiging van bomen (en overigens ook andersoortige beplantingen). Niet alleen kan onduidelijk zijn of bomen een relevante vermogenswaarde vertegenwoordigen, maar zij zijn doorgaans ook lastig te herstellen, waardoor de herstelkostenbenadering geen soelaas biedt om een eventuele waardevermindering te berekenen. Een oplossing zou dan kunnen zijn dat men in het kader van art. 6:95 lid 1 BW uitgaat van een 'fictieve' economische waarde van de boom als zodanig, om vervolgens een vermindering van die waarde te construeren.

De boomschadekwestie is recent aan de orde geweest in het arrest *Liander/Gemeente Heiloo*. Bij graafwerkzaamheden raken de wortels beschadigd van een boom van de gemeente. De gemeente laat de schade taxeren aan de hand van het Rekenmodel Boomwaarde, zoals opgenomen in de Richtlijnen van de Nederlandse Vereniging van Taxateurs van Bomen. Dat model is opgesteld voor de berekening van de 'economische waarde' van een boom in gevallen waarin de 'boomschade' niet kan worden vastgesteld op basis van handels- of vervangingswaarde. In de zaak *Liander/Gemeente Heiloo* overweegt het hof dat het nadeel dat de eigenaar van een boom lijdt als gevolg van de beschadiging, naast kosten ter bevordering van het (zelf)herstel van de boom, bestaat in de omstandigheid dat volledig herstel in de oorspronkelijke functie onzeker is en in elk geval tijd vergt. De eigenaar zit na de beschadiging immers met een kwetsbaardere en (tijdelijk en wellicht blijvend) minder toonbare boom. Volgens het hof leidt dit nadeel tot een rechtens relevante waardevermindering, overwegende dat de waarde die de aanwezigheid van een gezonde boom ter plaatse vertegenwoordigt mede tot uitdrukking komt in kosten die de gemeente – let op! – bereid is te maken om die aanwezigheid te faciliteren. Indien een beschadiging ertoe leidt dat een boom voortijdig uitvalt, of deze al dan niet tijdelijk zijn functie niet of minder goed kan vervullen, kunnen deze kosten worden geacht hun doel in zoverre te hebben gemist, aldus het hof. Die gedachte biedt volgens het hof een 'valide, bij de aard van de boomschade passend uitgangspunt' om het nadeel dat de gemeente door de onherstelbare boombeschadiging lijdt op 'doelmatige en rechtvaardige wijze' op te heffen. Het hof onderschrijft aldus in zoverre de achterliggende gedachte van het Rekenmodel Boomwaarde, dat is gebaseerd op de kosten die moeten worden gemaakt om een vergelijkbare boom op dezelfde locatie te verkrijgen ('stichtingskosten'). Het oordeel van het hof houdt evenwel geen stand bij de Hoge Raad, die een streep zet door de wijze van begroting voor zover

die (rechtstreeks) zou zijn gebaseerd op het leerstuk van de vergeefs gemaakte kosten en daarnaast ook zou neerkomen op onmiddellijke begroting bij voorbaat van mogelijk in de toekomst geleden nadeel (vgl. art. 6:105 BW).⁴² Het hof plaatste zijn overwegingen echter in de sleutel van de waardeverminderingsschade bij zaaksbeschadiging, en accepteert dat het door de beschadiging onmiddellijk in het leven geroepen *uitvalsrisico* – de kans dat de boom als gevolg van de beschadiging op termijn (eerder) uitvalt – moet worden meegewogen bij de begroting van het (onmiddellijke) verlies van economische waarde van de boom. In mijn optiek berust *Liander/Gemeente Heiloo* dan ook deels op een verkeerde lezing van het hofarrest.⁴³ Wat hiervan ook zij: ook de boomschadeproblematiek illustreert hoe lastig een en ander kan liggen wanneer een zaak weliswaar beschadigd raakt, maar een verlies van economische waarde niet evident is.

6. Waardevermindering anders dan door beschadiging of verlies

Soms kan weliswaar worden gesproken van een waardevermindering van een zaak, maar vloeit deze niet of niet direct voort uit beschadiging of verlies daarvan. Men zou dan kunnen zeggen dat sprake is van vermogensnadeel dat enkel bestaat in de 'blote' waardevermindering van de zaak, en kan in zoverre dus ook spreken van 'zuivere vermogensschade'. Het nadeel vloeit dan immers niet voort uit een aantasting in de substantie van de zaak of uit het verlies van de zaak, maar is uitsluitend gelegen in de verminderde of verloren gegane waarde van de zaak in het economisch verkeer. Dat roept eigensoortige vragen op.

Zo kan meningsverschil bestaan over de vraag in hoeverre de aanwezigheid van hoogspanningsdraden als 'beschadiging' van de onroerende zaak valt aan te merken, zoals het geval was in de zaak *Binnendijk/IJsselcentrale*. Ingeval sprake is van een gedoogplicht in het kader van de Belemmeringenwet Privaatrecht, dient de schade die daaruit voortvloeit *volledig* te worden vergoed. De kantonrechter en de rechtbank wijzen de vordering van Binnendijk af, omdat zijn schade nog niet 'concreet' was geworden in de vorm van een lagere opbrengst bij verkoop van het goed of door een verminderde kredietwaardigheid. De Hoge Raad casseert op dit punt:

'De opvatting dat de in waardevermindering gelegen schade op zichzelf niet voor vergoeding in aanmerking komt, vindt (...) in de wet geen steun. Aan het recht op vergoeding van deze schade staat niet in de weg, dat de omvang ervan in geschil is. Het systeem der wet brengt mede dat het de rechter vrijstaat zijn beslissing omtrent de gevorderde vergoeding uit te stellen, indien hem dit geraden voorkomt omdat de betekenis van de gestelde

40 HR 27 september 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9030, NJ 1986/212, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Meerstool II*).

41 Zie R.A. Salomons, *Schadevergoeding: zaakschade* (Monografieën BW nr. B38), Deventer: Kluwer 1993, nr. 19, W.C.L. Van der Grinten, annotatie bij HR 27 september 1985, NJ 1986/212 (*Meerstool II*) en Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 36.

42 HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Gemeente Heiloo*), r.o. 3.4.2.

43 Uitvoering M.R. Hebly, annotatie bij HR 15 december 2017, JA 2018/29 (*Liander/Gemeente Heiloo*).

schadefactoren wegens hun verband met toekomstige onzekere gebeurtenissen nog niet met voldoende duidelijkheid kan worden bepaald.⁴⁴

De overwegingen van de Hoge Raad ogen dubbelzinnig: de 'in waardevermindering gelegen schade' komt, anders dan rechtbank en hof kennelijk oordeelden, 'op zichzelf' wel voor vergoeding in aanmerking, maar het staat de rechter vrij zijn *beslissing* uit te stellen in verband met onzekere toekomstige gebeurtenissen. Annotator Mijnsen wijst er terecht op dat de schade die bestaat in waardevermindering reeds intrad op het moment waarop het werk werd aangebracht. Het is inconsistent wanneer de rechter bevoegd zou zijn de begroting van schade die reeds is ingetreden uit te stellen. En voor zover voor een aanspraak op schadevergoeding eerst nodig zou zijn dat het nadeel zich 'concreet' heeft gemanifesteerd, bijvoorbeeld in de vorm van een verminderde opbrengst bij verkoop, wordt juist afgestapt van het uitgangspunt dat de in waardevermindering gelegen schade 'op zichzelf' vergoedbaar is. Dan wordt overgestapt op een andere conceptie van wat de te vergoeden vermogensschade is, namelijk verminderde opbrengst of verminderd krediet. Dat betekent dat die schade dus ook op een ander moment 'valt' – namelijk op het moment van verkoop dan wel kredietneming en niet reeds op het moment waarop het werk werd aangebracht – en dat de eigenaar tot die tijd nog geen vermogensschade lijdt en dus geen aanspraak heeft.

Een waardevermindering kan voortvloeien uit een eerdere zaaksbeschadiging, maar ook (deels) samenhangen met een zekere 'nawerking' van die beschadiging in de toekomst. In het arrest *Oranje Nassau Mijnen/Van den Broeck* ging het om de vraag naar de vergoedbaarheid van 'doorgaande mijnschade'. Van den Broeck vorderde vergoeding van schade aan een hem in eigendom toebehorend woonhuis, dat degradaties en beschadigingen vertoonde als gevolg van ondergrondse ontginningen door Oranje Nassau Mijnen. De vraag rijst of naast een vergoeding van de reeds ontstane schade ook een vergoeding verschuldigd is voor de 'toekomstige nawerking' van de mijnexploitatie. Het hof oordeelt dat het feit dat de schade 'nog doorgaat' en dat de nawerking van de mijnexploitatie nog jaren meetbaar kan zijn, 'reeds thans een waardeverminderende invloed uitoefent' omdat de verkoopwaarde van het pand daardoor nadelig wordt beïnvloed. Het hof waardeert die schade op f 40.000 en overweegt dat dit bedrag tevens kan worden gezien als 'afkoopsom' ter zake van toekomstige waardeverminderingen. Volgens de Hoge Raad geeft dit oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, ook niet indien de mogelijkheid in aanmerking wordt genomen dat een nieuwe eigenaar in de toekomst vergoeding van eventuele nieuwe mijnschade van Oranje Nassau Mijnen zou kunnen vorderen.⁴⁵

In lijn hiermee liggen de arresten *Gemeente Maassluis/Van Koppen c.s.* en *Gemeente Dordrecht/Stokvast BV*. In het eerstgenoemde arrest werd de gemeente Maassluis verantwoordelijk gehouden voor de bouw van woningen op verontreinigde grond. Ook hier speelde de vraag of de bewoners recht hadden op schadevergoeding, ook al verkochten zij hun woning niet. De Hoge Raad onderschrijft het oordeel van het hof dat de schade in verband met de waardedaling van een woning 'abstract mag worden berekend' nu aannemelijk is dat Van Koppen c.s. niettegenstaande het feit dat zij hun woning niet hebben verkocht, schade hebben geleden in de vorm van waardedaling van de woning als gevolg van de bodemverontreiniging.⁴⁶ In *Gemeente Dordrecht/Stokvast BV* ging het eveneens om bodemverontreiniging. Stokvast, handelaar in onroerend goed, raakt in de problemen doordat de grond die zij van de gemeente Dordrecht had gekocht en waarop zij huurwoningen bouwde, blijkt te zijn verontreinigd. Stokvast stelt dat het bij de schadebegroting gaat om de waarde die de woningen hadden op het tijdstip van het bekend worden van de vervuiling. De daarop gebaseerde schadevergoeding acht hij onder meer gerechtvaardigd omdat op het moment van bekendwording van de vervuiling onzeker was of en in hoeverre de woningen zich in waarde zouden herstellen. De gemeente bleek echter reeds vóór het moment van de vaststelling van de schade tot sanering te zijn overgegaan, en stelde (mede) daarom dat het tijdstip waarop alle saneringsmaatregelen waren uitgevoerd (en de markt ter plaatse is gestabiliseerd) als 'peildatum' moest worden gekozen. De Hoge Raad overweegt:

'Mede met het oog op de hanteerbaarheid van de methode van schadebegroting, rechtvaardigt de aard van zodanige schade dat het de rechter vrijstaat bij het begroten daarvan te abstraheren van bepaalde, de bijzondere situatie van de benadeelde eigenaar betreffende, omstandigheden. In het bijzonder kan buiten beschouwing worden gelaten dat de eigenaar de woningen niet heeft verkocht (...).'⁴⁷

Bijzonder is dat de Hoge Raad hier een andere grondslag lijkt te hebben gevonden (althans 'mede') voor het zogenoemde 'abstraheren' van latere omstandigheden, namelijk: de *hanteerbaarheid* van de methode van schadebegroting. De Hoge Raad vervolgt bovendien met de curieuze overweging dat latere saneringswerkzaamheden, die de 'aanvankelijk opgetreden waardevermindering' ongedaan maken, niet buiten beschouwing zouden mogen blijven, dit om te voorkomen dat meer dan de werkelijk geleden schade wordt vergoed.⁴⁸

In het Groninger aardbevingsgebied draait het om de vraag naar de vergoedbaarheid van de waardevermindering van grond als gevolg van aardbevingen die worden veroor-

44 HR 2 februari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7302, NJ 1979/384, m.nt. F.H.J. Mijnsen (*Binnendijk/IJsselcentrale*).

45 HR 23 mei 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6897, NJ 1980/466 (*Oranje Nassau Mijnen/Van den Broeck*).

46 HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0707, NJ 1994/286, m.nt. C.J.H. Brunner (*Gemeente Maassluis/Van Koppen c.s.*).

47 HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5651, NJ 2000/690, m.nt. A.R. Bloembergen (*Gemeente Dordrecht/Stokvast BV*), r.o. 3.4.2.

48 Hierover kritisch A.R. Bloembergen, annotatie bij HR 28 april 2000, NJ 2000/690 (*Gemeente Dordrecht/Stokvast*), nr. 3-5.

zaak door gaswinning. De Nederlandse Aardolie Maatschappij (NAM) wordt door een collectief van inwoners van Groningen aansprakelijk gehouden voor de schade die wordt geleden als gevolg van bodemdaling, veroorzaakt door gaswinning; een vordering die primair wordt gebaseerd op risicoaansprakelijkheid ex art. 6:177 BW. Partijen zijn verdeeld over de vraag of het nadeel bestaande in waardevermindering als gevolg van de aardbevingen *als zodanig* – dus ongeacht verkoop, fysieke schade, gemist krediet etc. – voor vergoeding in aanmerking komt. Zowel rechtbank als hof is van oordeel dat de eigenaren in beginsel aanspraak hebben op vergoeding van de schade die bestaat in de – als *duurzaam* aan te merken – waardevermindering van onroerende zaken in het aardbevingsgebied.⁴⁹ Kort daarna oordeelt de Hoge Raad in een (andere) prejudiciële procedure evenwel anders. Nadat hij vooropstelt dat schade in beginsel moet worden vastgesteld met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, overweegt hij:

‘Op grond van art. 6:97 BW moet de rechter de schade begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Uitgangspunt voor de vaststelling van de omvang van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding is dat de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven. Hieruit volgt dat de schade in beginsel moet worden vastgesteld met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Op praktische gronden en om redenen van billijkheid kan in bijzondere gevallen op dit uitgangspunt een uitzondering worden aanvaard door van bepaalde omstandigheden te abstraheren. Het is bijvoorbeeld mogelijk geacht om bij de vaststelling van schade die bestaat in waardevermindering van een woning, buiten beschouwing te laten dat de eigenaar de woning niet heeft verkocht.

Voor het begroten van de (...) bedoelde schade is vereist dat sprake is van een – min of meer – stabiele situatie. Met betrekking tot de woningen die zich boven het Groningenveld bevinden, betekent dit dat een geofysisch voldoende stabiele toestand moet zijn bereikt. Alleen dan is immers voldoende zeker dat significante schommelingen in de waarde van de woning die samenhangen met het risico op bodembeweging, zullen uitblijven. In het Groningenveld is thans geen sprake van een geofysisch voldoende stabiele toestand. De omvang van de schade die bestaat in waardevermindering van de woningen is daarom afhankelijk van nog niet voldoende bepaalde gebeurtenissen of omstandigheden in de toekomst. De gaswinning wordt afgebouwd maar is nog niet gestaakt. In mei en juni 2019 hebben zich nog aardbevingen voorgedaan met een kracht van 2 of hoger op de schaal van Richter. In ieder geval zolang een voldoende

stabiele toestand uitblijft, zullen deze omstandigheden een (verdere) negatieve invloed kunnen hebben op het bedrag dat potentiële kopers voor een woning gelegen boven het Groningenveld willen betalen. Hierbij kan ook een rol spelen dat burgers, onder wie potentiële kopers, (nog) geen groot vertrouwen hebben in een snelle en correcte afwikkeling door NAM/EBN en de Staat van de met bodembeweging gepaard gaande schade. Hier staat tegenover dat niet is uit te sluiten dat als gevolg van de afbouw van de gaswinning in de nabije toekomst de bodembewegingen in aantal en zwaarte afnemen, en dat de woningen boven het Groningenveld ten opzichte van de huidige situatie, los van de algemene marktontwikkelingen, weer in waarde zullen toenemen. Hieruit volgt dat het begroten van schade die bestaat in waardevermindering van een woning als bedoeld (...) op dit moment in het algemeen nog niet mogelijk is.⁵⁰

Deze overwegingen zijn dubbelzinnig ten aanzien van de vraag waarin nu precies de te vergoeden schade bestaat (vergelijkbaar met het hiervoor besproken arrest *Binnendijk/IJsselcentrale*). Vermogensschade in de vorm van waardevermindering van een woning komt als zodanig pas voor vergoeding in aanmerking als sprake is van een min of meer stabiele situatie – hier: een geofysisch voldoende stabiele toestand – omdat dan voldoende zeker is dat significante waardeschommelingen, die samenhangen met het risico op bodembeweging, zullen uitblijven. Ik zie niet in op welke manier die waardevermindering dan precies zal kunnen intreden: dalen de woningen nog in waarde zodra die meer stabiele toestand intreedt? Is het probleem niet juist dat de woningen in het aardbevingsgebied al enige tijd op een lager waardeniveau liggen in verband met de aardbevingsrisico's, en de schade (de waardevermindering) in zoverre juist allang is ingetreden? Waar de Hoge Raad in zijn eerdere rechtspraak veelal impliciet maar wel consequent het begrip ‘economische waarde’ hanteerde – de *baseline* van zijn zaakschadejurisprudentie is immers dat een eigenaar vergoedbare vermogensschade lijdt indien en voor zover een tot het vermogen behorende zaak als zodanig in waarde daalt door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis – laat hij dat hier deels los. De Hoge Raad stelt voorop dat ‘op praktische gronden’ en ‘om redenen van billijkheid’ een uitzondering kan worden aanvaard op het uitgangspunt dat de schade in beginsel moet worden vastgesteld met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Daarmee doet hij wat mij betreft dus zijn eerdere zaakschadejurisprudentie, zoals hiervoor uiteengezet, tekort. In die rechtspraak heeft hij immers de inhoud van het begrip (vermogens)schade nader omljnd en afgebakend welke feiten en omstandigheden van belang zijn bij de vaststelling van schade in de vorm van verlies van waarde. Wat mij betreft zagen rechtbank en hof dat scherper. Interessant, maar natuurlijk speculatief, is de vraag hoe de beslissing van de Hoge Raad op dit punt eruit zou hebben gezien, wanneer

49 Rb. Noord-Nederland 2 september 2015, JA 2016/25, m.nt. J.W. Silvius, r.o. 4.4.18 en Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618, JA 2018/60, r.o. 8.1 e.v.

50 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, RvdW 2019/914 (Groningen), r.o. 2.11.3-2.11.5.

de NAM in cassatie was gegaan van het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Dat oordeelde immers, op grond van een uitvoerige exegese van de rechtspraak van de Hoge Raad, dat de waardevermindering als zodanig voor vergoeding in aanmerking komt, ongeacht of er fysieke schade aan de onroerende zaken is opgetreden en ongeacht of de onroerende zaken al dan niet zijn verkocht.⁵¹

7. Slotbeschouwing

Het zaakschaderegime kent een heldere *hoofregel*, die in de afgelopen zestig jaar zijn bruikbaarheid heeft bewezen.⁵² De eigenaar lijdt reeds voor en onafhankelijk van herstel een nadeel in zijn vermogen, gelijk aan de waardevermindering die de getroffen zaak ondergaat. De vergoeding zal minstens belopen het bedrag waarin de waardevermindering kan worden uitgedrukt. Bij zaken waarvan herstel mogelijk en verantwoord is, is dit bedrag in het algemeen gelijk te stellen aan de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten. In geval van zaaksverlies geldt dat de vergoeding steeds ten minste zal belopen het bedrag waarin de economische waarde van de zaak ten tijde van het verlies kan worden uitgedrukt. Of de eigenaar daadwerkelijk overgaat tot herstel of vervanging van de zaak en zo ja, tegen welke kosten, is in beginsel niet relevant. De waardevermindering hoeft zich, anders gezegd, niet te hebben 'gerealiseerd' of 'gemanifesteerd' in een concrete transactie om voor vergoeding in aanmerking te komen. Onder bijzondere omstandigheden heeft de benadeelde aanspraak op vergoeding van zijn daadwerkelijk gemaakte kosten. Die ruimte wordt beheerst – en dus ook beperkt! – door de redelijkheid.

Men dient er mijns inziens voor te waken het zicht op dit (overzichtelijke) stelsel van rechtsregels te vertroebelen door gebruik van het ambigue begrip 'abstracte schadebegroting', laat staan door de rechter op dit punt een al te grote vrijheid toe te dichten. Het valt in dit verband op dat de Hoge Raad in zijn 'vroeg' zaakschadejurisprudentie vrij heldere rechtsregels formuleert, waarbij hij zelf ook niet spreekt van het 'abstraheren' van feiten en omstandigheden.⁵³ In zijn latere rechtspraak lijkt de Hoge Raad het iets anders te benaderen, namelijk door voorop te stellen dat de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven, en dat daaruit

volgt dat de schade in beginsel moet worden berekend met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval. In 'bijzondere gevallen' kan evenwel, op praktische gronden en om redenen van billijkheid, van een of meer omstandigheden worden geabstraheerd.⁵⁴ Ten onrechte lijkt de Hoge Raad aldus het door hemzelf gegeven zaakschaderegime te relativiseren. Typische gevallen van zaaksbeschadiging en zaaksverlies zijn mijns inziens juist helemaal niet zo bijzonder. En dat latere feiten en omstandigheden (zoals herstel of verkoop, of juist het uitblijven ervan) bij vaststelling van zaakschade niet van belang zijn is niet zozeer terug te voeren op redenen van pragmatisme of billijkheid, maar heeft te maken met het gegeven dat de waardevermindering de vergoedbare vermogensschade is.

Toepassing van de zaakschaderegels is vooral problematisch in twee categorieën. In de eerste categorie is sprake van beschadiging of verlies van een zaak zonder waarde in het economisch verkeer (marktwaarde). In de tweede categorie gaat het om gevallen waarin weliswaar een waardevermindering optreedt, maar deze niet voortvloeit uit beschadiging dan wel verlies van de zaak.

Voor het eerste type gevallen (de zaak heeft geen marktwaarde) zie ik twee mogelijke oplossingsrichtingen. Ten eerste kan aan de zaak een *fictieve* economische waarde worden toegedicht. Denk aan het Rekenmodel Boomwaarde dat in geval van boombeschadiging een dergelijke functie zou kunnen vervullen in gevallen waarin niet kan worden gerefereerd aan een concrete markt- of vervangingswaarde. Neemt men aldus aan dat een zaak een bepaalde waarde heeft, dan kan beschadiging of verlies van die zaak leiden tot een vermindering of verlies van die waarde. Ten tweede sluit de 'marktwaardeloosheid' van een zaak niet uit dat de benadeelde op kosten van de aansprakelijke mag overgaan tot herstel. Aanspraak daarop kan bestaan wanneer de eigenaar uit hoofde van zijn schadebeperkingsplicht (ten aanzien van verdere nadelen) gehouden is om over te gaan tot feitelijk herstel, of wanneer hij bij het behoud van de zaak een anderszins zwaarwegend praktisch belang heeft. In dat geval komen daadwerkelijk gemaakte herstelkosten dus als vergoedbare vermogensschade in beeld.

Ten aanzien van de tweede categorie van gevallen (de zaak raakt beschadigd noch verloren, maar daalt in waarde) is toepassing van de hoofregel van het zaakschaderegime

51 Het hof stelde bovendien vast dat de woningen minder waard zijn dan ze zonder de aardbevingen zouden zijn geweest, en dat niet is te verwachten dat dit (gemiddelde) effect binnen enkele jaren zal zijn verdwenen. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618, JA 2018/60, r.o. 8.52.

52 A.R. Bloembergen, annotatie bij HR 18 september 1998, NJ 1999/69 (Bijenspat II), par. 3.

53 Bijv. HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, NJ 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*), HR 13 december 1963, ECLI:NL:HR:1963:61, NJ 1964/449, m.nt. G.J. Scholten (*Schreuder/Van Driesten*), HR 12 april 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4995, NJ 1985/625, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Staat/Van Driel*), HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1034, NJ 1995/43, m.nt. C.J.H. Brunner (*Gemeente Den Haag/Van Schravendijk*), HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2786, NJ 2005/76, m.nt. C.J.H. Brunner (*A. en N. Hiddema*).

54 HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5651, NJ 2000/690, m.nt. A.R. Bloembergen (*Gemeente Dordrecht/Stokvast BV*), HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, NJ 2017/134, m.nt. S.D. Lindenberg (*Donata/New India Assurance*), HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, RvdW 2019/914 (Groningen). En in zijn recente overzichtsarrest met betrekking tot de vordering van de benadeelde partij in het strafproces spreekt de Raad van 'abstracte schadeberekening' bij beschadiging of verlies van een zaak, zie HR 28 mei 2019, NJ 2019/379, m.nt. W.H. Vellinga, r.o. 2.4.2. Opmerkelijk is overigens dat de Hoge Raad bij herhaling verwijst naar HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, NJ 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*), omdat het in die zaak juist gaat om een wezenlijk ander geval, te weten een geval van personenschade waarbij het draait om al dan niet gemaakte kosten van vervangende huishoudelijke hulp door de partner van de gewonde.

vooral lastig omdat het nadeel in een meer 'abstracte sfeer' is gelegen. Het vloeit immers niet voort uit beschadiging, vernietiging of verlies van de zaak, maar kan worden beschouwd als zuiver vermogensnadeel. Dat heeft als bijkomend probleem dat het specifieke moment van *intreden* van dat nadeel (en dus het 'peilmoment' voor de schadevaststelling) soms lastig te bepalen kan zijn. Een eenduidig moment van beschadiging of verlies dient zich immers niet steeds aan. Dat speelde in de Groninger kwestie in de feitelijke instanties.⁵⁵ Hier zie ik drie denkrichtingen. Ten eerste kan men ook hier de hoofdregels van het zaakschaderegime toepassen. Die regels zijn immers gefundeerd op de gedachte dat de eigenaar van een zaak een in beginsel vergoedbaar vermogensnadeel lijdt wanneer een tot zijn vermogen behorende zaak in waarde daalt. Als het *bestaan* van een waardevermindering als zodanig vaststaat en slechts haar *peilmoment* onbepaald is, ligt het mijns inziens voor de hand om, indachtig de regel dat de rechter de schade moet schatten indien deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld (art. 6:97 BW), een redelijk en pragmatisch peilmoment te hanteren waarop de schade dan moet worden geacht te zijn geleden. Een andere oplossingsrichting ligt in het verlengde van de denklijn dat een waardevermindering van een zaak die niet voortvloeit uit beschadiging, vernietiging of verlies een zuiver vermogensnadeel is. Dat kan van betekenis zijn voor vragen van relativiteit (strekt de geschonden norm tot bescherming tegen schade anders dan door aantasting van personen en zaken?) en van toerekening (staat de 'zuivere' waardevermindering (door marktsentiment, stigma etc.) in zodanig verband met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust dat deze hem als een gevolg van de gebeurtenis kan worden toegerekend?). Dat zou mogelijkheden kunnen bieden voor de erkenning dat een 'pure' waardevermindering weliswaar *in abstracto* kwalificeert als vergoedbare vermogensschade, maar deze 'alsnog' buiten de sfeer van de vergoedbaarheid te plaatsen. Tot slot zou ook uitgangspunt kunnen zijn dat een 'zuivere' waardevermindering van een zaak niet kwalificeert als vermogensschade, maar dat daarvan pas sprake is wanneer de waardevermindering zich *realiseert* in een concrete transactie. Dan hanteert men dus een ander begrip schade.

55 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618, JA 2018/60.